

A EFETIVIDADE DA FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL NUMA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO CIVIL E O DIREITO PENAL

THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUCIONAL LEGISLATION STRENGTH IN A COMPREHENSIVE PERSPECTIVE BETWEEN CIVIL LAW AND CRIMINAL LAW

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues¹

Alexandra Fonseca Rodrigues²

RESUMO: Este artigo apresenta a proposta de estudar a real eficácia da força normativa constitucional nos principais campos da Ciência Jurídica, quais sejam, o Direito Civil, como representante do Direito Privado, e o Direito Penal, filiado ao Direito Público. Analisando, no contexto dos paradigmas estatais históricos, a evolução da codificação, descodificação e constitucionalização destes ramos jurídicos; objetiva-se apontar os principais avanços e dificuldades de cada sistema, com a finalidade de confecção de uma síntese que possa definir os meios mais adequados para o alcance de uma constitucionalização do ordenamento jurídico como um todo. Entendendo o ordenamento nacional como sistema e, atribuindo à Constituição o papel de norma fundamental ou princípio unificador de todo este conjunto de elementos; acredita-se ser possível pugnar pela observância da eficácia dos direitos fundamentais e pelo atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana em toda e qualquer seara jurídica.

Palavras-chave: Força normativa constitucional; eficácia dos direitos fundamentais; direito civil; direito penal.

ABSTRACT: This article presents the proposal to study the real effectiveness of constitutional normative force in the main fields of Legal Science, namely Civil Law, as a representative of Private Law, and Criminal Law, affiliated to Public Law. Analyzing, in the context of historical state paradigms, the evolution of the codification, decoding and constitutionalisation of these legal branches; It aims to point out the main advances and difficulties of each system, with the purpose of preparing a synthesis that can define the most appropriate means for achieving a constitutionalisation of the legal system as a whole. Understanding the national order as a system and, attributing to the Constitution the role of fundamental rule or unifying principle of this whole set of elements; It is believed that it is possible to strive for the observance of the effectiveness of fundamental rights and for the fulfillment of the principle of the dignity of the human person in every legal field.

Keywords: Constitutional normative force; efficacy of fundamental rights; civil law; criminal law.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal junto à Universidade da Amazônia (UNAMA). Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia junto à Faculdade Ideal (FACI). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado com o objetivo de analisar a força normativa da Constituição Federal brasileira ao incidir sobre o ordenamento Civil e, comparativamente, sobre o ordenamento penal. Assim, almeja-se entender em qual nível de consonância com os preceitos constitucionais cada um dos mencionados ramos do Direito se encontra; para, por fim, buscar-se apontar os pontos que podem ser reforçados para uma maior e mais efetiva constitucionalização das normas jurídicas nacionais como um todo; trazendo-se sempre em mente a ideia sistematizada ou sistemática de ordenamento jurídico. Para tanto, será perquirido o que é, e como funciona a força normativa constitucional, bem como será demonstrada a importância de tal axioma jurídico para a realização efetiva dos direitos fundamentais seja na seara pública ou privada.

Para melhor contextualização, será fundamental o entendimento acerca da importância da evolução dos paradigmas estatais para a contextualização política e jurídica da extensão desta eficácia que se almeja atribuir aos direitos fundamentais. Assim, será dada maior relevância aos principais modelos de Estado que influenciaram, no decorrer dos séculos, a evolução social e a produção jurídica, quais sejam: o Estado Liberal, pautado nos princípios da legalidade e da igualdade formal; o Estado Social, fomentador da igualdade material e da solidariedade; e, por fim, o modelo de Estado Liberal-social, tido como paradigma atual. Uma vez situados historicamente e politicamente, poderá ser realizada a efetiva análise da Teoria da Força normativa Constitucional nos moldes como foi desenhada por seu maior idealizador, o constitucionalista alemão, Konrad Hesse.

Num segundo momento, será analisado o processo de constitucionalização do ordenamento privado nacional. Realizando-se, novamente, a observação deste fenômeno nos paradigmas liberal e social e focando, sobretudo, nos processos de codificação civilista e separação entre Direito Público e Direito Privado; descodificação, com o avanço dos microssistemas legislativos e legislações extravagantes e, por fim, constitucionalização do Direito Civil. Neste último momento, serão explicitados os principais efeitos desta mudança, quais sejam: a horizontalização da eficácia dos direitos fundamentais na seara privada; a relativização da tradicional dicotomia entre público e privado; e a personalização e despatrimonialização do Direito civilista.

Posteriormente, serão estudados os limites da normatividade no Direito Penal brasileiro; bem como, será demonstrada a maior dificuldade de constitucionalização do mesmo, numa tentativa de apontar alguns dos motivos que causam tal imbróglio. Para isto, será verificada a rigidez inicial atribuída pelo legislador ordinário ao Código Penal e a fundamentação para tanto, e também a maior abertura que o desenvolvimento da Ciência de Política Criminal atribui à aplicação das normas do mencionado códex. Por fim, serão mencionados os limites necessários à Política Criminal para que esta não venha a desconfigurar as fronteiras da normatividade; assim como, serão apontados os principais motivos pelos quais esta possível abertura ou clausura demasiada das normas penais vem dificultando a constitucionalização de tal seara.

Cabalmente, serão elaboradas as conclusões pertinentes, num sentido de auxiliar, com o levantamento dos dados teóricos necessários, o movimento de constitucionalização do sistema jurídico brasileiro como um todo. Pugna-se para que todas as searas normativas - estejam elas classificadas como públicas ou privadas - evoluam sempre para uma maior proximidade com os preceitos constitucionais, fomentando a eficácia real e direta dos direitos fundamentais e tendo como fim último o atendimento da promoção e preservação da dignidade da pessoa humana.

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COMO FOMENTO PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No apogeu do liberalismo político e jurídico, o Estado assumia uma função principal: a de não intervenção nas liberdades individuais. Sendo assim, a Constituição gravitava como norma geral e simbólica que lembrava ao Estado suas limitações e protegia os cidadãos do retorno ao autoritarismo, mas não tinha o poder de se imiscuir nas esferas individuais do Direito; de modo que, cabia aos Códigos, primeiramente ao Civil e depois, também ao Penal, proporcionar a tão almejada segurança jurídica e atender aos interesses da burguesia emergente. Neste diapasão, o advento do Estado Social intensificou a atuação do legislador nas variadas esferas jurídicas, endossando a intervenção legislativa no campo privado e a massiva normatização de regras de caráter público que impunham fronteiras às liberdades antes pouco limitadas dos indivíduos, em prol dos interesses gerais da sociedade (SARMENTO, 2004, p.69).

Assim, a Constituição passou a ser projetada para todas as ordens do Direito, gerando uma grande irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos jurídicos, inclusive para a esfera privada. Contudo, este fenômeno que Daniel Sarmento caracteriza como sendo de “ampliação do espaço constitucional”, não bastou para que a carta magna passasse a ser vista como o norte para toda a interpretação da legislação ordinária (SARMENTO, 2004, p.69). Um dos grandes obstáculos para esta consagração, foi a doutrinação de que algumas normas constitucionais trazidas pelo Estado Social seriam meramente programáticas, funcionando como ideias a serem alcançados num futuro indeterminado e que, não possuiriam, portanto, eficácia jurídica imediata. Comprometeu-se, então, a eficácia material dos direitos fundamentais na esfera privada e na própria esfera pública.

Para superar a problemática desta eficácia fundamental fragilizada, faz-se necessário o reconhecimento da força normativa de toda a Constituição, sobretudo dos direitos fundamentais nela previstos e de suas normas de caráter principiológico; o que possibilitaria a visualização de todo o ordenamento jurídico, seja ele público ou privado, como um sistema unitário (SARMENTO, 2004, p.70). Por sua vez, esta unificação, pautada num princípio unificador constitucional, poderia ser capaz de possibilitar ao grande sistema jurídico um melhor funcionamento, posto que, o girar de todas as suas engrenagens se daria em um mesmo sentido. No contexto de um Estado Constitucional de Direito, a Constituição Federal há de representar não apenas os limites para as intervenções estatais, como almejado no liberalismo; e nem somente a imposição das prestações estatais positivas reconhecidas com o Estado Social, mas também e, principalmente, o centro axiológico norteador de todo o ordenamento infraconstitucional e, exigindo a eficácia direta dos direitos fundamentais em todas as áreas do saber e da prática jurídica.

Luiz Edson Fachin (2000, *passim*), em suas obras dedicadas ao estudo do Direito Civil, afirma que o reconhecimento da força normativa da Constituição seria capaz de operar uma “virada de Copérnico” no Direito Privado, no sentido de que, o mundo jurídico se daria conta de que o centro do ordenamento civil não é o código ou as leis ordinárias que tratam sobre o tema, mas sim a Carta Constitucional. Tal colocação também pode, por seus próprios fundamentos, ser aplicada ao Direito Penal, que tem sofrido com uma avalanche de leis extravagantes editadas sob o pretexto de fomentar a segurança jurídica, mas que, na realidade, são vazias de eficácia. A ideia é que todos os ramos do direito sejam preenchidos com os valores constitucionais de liberdade, igualdade e solidariedade; os quais, por sua vez, ensejarão uma releitura dos conceitos e institutos tradicionais de cada saber jurídico que, passarão a ser interpretados e aplicados dentro da axiologia do Texto Maior.

2.1 A importância dos paradigmas estatais para a contextualização da extensão da eficácia dos direitos fundamentais

A definição da extensão dos direitos fundamentais sobre qualquer seara jurídica deve partir de uma análise que considere a forma pela qual o ordenamento jurídico em estudo encara o Estado, a sociedade e os Direitos Humanos. Em razão disto é que se faz mister discutir o papel dos diferentes paradigmas estatais na constituição das premissas e demarcação do campo de debate em torno dos direitos fundamentais (KHUN, 1962 *apud* SARMENTO, 2004, p.1). O civilista Daniel Sarmento (2014, p.18) ensina que os paradigmas estatais devem ser vistos como exteriorizações no mundo jurídico de diversas óticas, mas ressalta que estes não decorrem, em regra, de rupturas revolucionárias, mas sim de evoluções gradualistas que não ocorreram da mesma maneira em todos os lugares.

Sendo assim, pode-se afirmar, na esteira dos ensinamentos de Norberto Bobbio (1992, p.05), que os direitos fundamentais possuem um caráter histórico, justamente porque são construídos paulatinamente a partir das lutas e revoluções de diferentes gerações em prol da afirmação de seus direitos. No mesmo sentido, a penalista Mirreile Delmas-Marty (2004, p.45) afirma que as escolhas de política criminal se orientam de formas diferentes conforme a necessidade de segurança pela sociedade seja compreendida por meio de um ou outro valor fundamental. Portanto, há de se dividir a trajetória histórica dos direitos fundamentais ao menos em duas grandes fases que correspondem à ideologia liberal e social adotadas em cada época e que, terão relevo para que se possa determinar o grau de incidência dos direitos fundamentais nos campos do saber jurídico.

2.1.1 O Estado liberal: legalidade e igualdade formal

Primeiramente, há de se analisar o paradigma do Estado Liberal, período responsável pelo nascimento da ideia iluminista e jusnaturalista de que o homem é dotado de direitos inatos, os quais precedem o Estado e que necessitam ser respeitados e garantidos pelo Poder Público. Contudo, apesar de a liberdade ser vista como valor intrínseco à natureza humana, necessita sempre de regras que a governem. E, esta necessidade de lei como garantia de liberdade corresponderá ao Princípio da legalidade. Tal ideário foi mais a fundo e se traduziu no constitucionalismo, movimento pelo qual a fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do Poder era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer, sobretudo, a separação de poderes e garantir os direitos dos indivíduos em face do Estado.

Em que pese o fato de possuir essência jusnaturalista, a doutrina liberal dos direitos humanos articulou dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana e para a aplicação do princípio da legalidade: nas relações públicas entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava a interferência do Estado na liberdade individual de seus jurisdicionados; enquanto que, no Direito privado, o Código Civil seria o responsável por reger as relações entre particulares, fundando-se principalmente na ideia de autonomia privada. Assim, estabeleceu-se a rígida e clássica separação entre a esfera privada e a pública. Nesta dicotomia, afirmava-se a supremacia do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado; o homem era tratado pela lei como um ser desenraizado de laços sociais (SARMENTO, 2004, p.27-28).

Na ideologia liberal, esta separação entre Estado e sociedade era essencial para garantir a sagrada liberdade individual, de modo que o Estado deveria manter-se inerte ao máximo para que a sociedade ganhasse espaço para se desenvolver em suas próprias regras. Tal ideologia produziu fortes marcas no regime jurídico dos Estados Nacionais liberais, e não apenas na seara privada, aonde se adotou o postulado de igualdade formal entre os particulares e o princípio da autonomia da vontade (SARMENTO, 2004, p.29); mas também no cenário da política criminal, aonde o Estado teve sua

atuação na repressão de infrações e desvios de comportamento sendo demasiadamente limitadas sob o pressuposto de proteção do indivíduo infrator e liberdade social para a resolução dos comportamentos desviantes das normas.

2.1.2 O paradigma do estado social como reação ao liberalismo e busca da materialidade

Com a evolução social, o paradigma liberal se mostrou insuficiente para assegurar a dignidade humana. Os excessos do capitalismo e o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal acabaram por desnaturar a ideia de liberdade e acentuar a exploração do homem pelo homem. Assim, consolidou-se o entendimento de que para a efetivação dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano; o que levou ao surgimento do Estado do Bem-Estar social e com ele a previsão constitucional de novos direitos que demandam uma prestação estatal positiva para garantir condições mínimas aos indivíduos. Neste contexto do novo Estado-social, cresce o intervencionismo estatal em prol das partes mais fracas das relações sociais. Ocorre uma invasão das normas públicas no Direito Privado, ampliando-se as hipóteses de limitação da autonomia da vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. Não basta mais o reconhecimento meramente formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar materialmente o desfrute de tais liberdades (SARMENTO, 2004, *passim*).

Na seara criminal não é diferente, a partir do momento em que a lei deixou de possuir caráter meramente individual e passou a ser vista sob a ótica social, exigiu-se também uma análise mais social do crime. Destarte, a política criminal passa a ser relativizada de acordo com a sociedade na qual estiver inserida, de modo que sociedades mais instáveis necessitarão de punições mais rígidas interpostas pelo Direito Penal, enquanto que sociedades mais sólidas serão menos abaladas pelas infrações legais e poderão contentar-se com meios de punição mais brandos. Para efeitos de estudo da política criminal brasileira atual, pode-se falar na adoção de um modelo de Estado-sociedade liberal; o qual é inspirado em uma ideologia liberal, garantida pela distinção entre infração e desvio e pela limitação do campo de intervenção estatal unicamente na infração; mas sem deixar de considerar também a resposta social ao desvio do padrão imposto pelas normas penais. Entretanto, o aspecto mais latente do modelo em questão é a resposta estatal à infração, que se caracteriza por uma sofisticada rede penal dotada de técnicas destinadas a limitar a esfera de intervenção do Estado (DELMAS-MARTY, 2004, p.99 e ss).

Contudo, é latente o fato de que os direitos sociais ensejam maiores dificuldades para a sua afirmação concreta do que os direitos liberais. Aí reside não apenas o empecilho ideológico da resistência das classes superiores à justiça distributiva, mas também os obstáculos operacionais revelados diante da escassez de recursos públicos. Por isso, fala-se na sujeição dos direitos sociais a reserva do possível, pois sua efetivação depende de limites fáticos. Some-se a isto o fato de que, no paradigma social, a produção de normas jurídicas se multiplica, causando uma grande inflação legislativa aonde a estabilidade das normas é substituída pela efemeridade e a segurança jurídica resta prejudicada (SARMENTO, 2004, p.07-39). Na tentativa de conformarem a realidade social, as constituições passam a valer-se de normas de conteúdo programático, que traçam fins e objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sem especificar, entretanto, de que modo estes devem ser atingidos. Assim, o Direito Constitucional penetra em novos campos, passando a cuidar não apenas de normatizar as punições públicas, mas também contemplando os limites dentro dos quais devem se dar as relações privadas.

Neste contexto, a dicotomia público/privado sofre nova remodelação com a progressiva publicização do Direito Privado e mesmo com a privatização do Direito Público. No âmbito das relações privadas, percebeu-se que o poder dos grupos e o anonimato das relações podem favorecer o abuso dos mais forte; enquanto que, na esfera pública e, mais especificamente penal, assumiu-se que a so-

cidade não só pode como deve auxiliar os organismos estatais em diversas questões concernentes à política criminal e, sobretudo, na luta pela descriminalização. Neste diapasão, não apenas o Brasil, mas muitos outros Estados já desenham um novo paradigma de Estado pós-social que, sem se ausentar da esfera econômico-social, recepciona traços do antigo liberalismo. Trata-se de um modelo de Estado subsidiário que busca parcerias com a iniciativa privada e o terceiro setor para a prestação de serviços públicos; que se vale de técnicas de administração consensual e, chega até mesmo a flexibilizar seu monopólio na produção de normas (SARMENTO, 2004, p.49-51).

2.1.3 O Estado Liberal-social como paradigma atual: inter-relação entre a rede penal e a civil.

Segundo Delmas-Marty (2004, p.182 e ss.), no paradigma atual de Estado liberal-social, a rede penal deve ser estudada através de um sistema de relações complementares, pois, desta forma, será possível entender qual o grau de abertura da rede penal à sociedade civil e às técnicas de direito privado. A imagem tradicional da rede penal é, em regra, de uma rede monopolizada pelo Estado, na qual as pessoas diretamente implicadas no caso – vítima, delinquente e mesmo o grupo social – muitas vezes não encontram, ou sequer buscam, espaço de atuação. Entretanto, algumas práticas penais possibilitam e mesmo incentivam esse quadro. Pode-se falar na participação do grupo social organizado, por exemplo, em associações que visam defender interesses coletivos; o que esboça uma política penal mais participativa, seja ela repressiva – reforçando o processo de exclusão – ou solidária – fomentando a integração. Contudo, deve-se possuir cautela para que não seja gerado um fenômeno de “privatização do controle da criminalidade”.

A lógica da aplicação da rede civil na esfera penal, pautada sobretudo na indenização da vítima pelo autor funcionava de maneira restitutiva em sua função e individualista em seu fundamento. Entretanto, com a evolução da rede, o caráter de retribuição tem se dissolvido em uma confusão de reparação com castigo, como ocorre nas cláusulas penais contratuais e em indenizações a vítima que avultam em muito o real valor do dano; e o individualismo tem sido mitigado pela ideia de que todo e qualquer dano deve ser indenizado, independente de culpa, o que fez despontar a prática de indenização da vítima pelo Estado.

Nesse diapasão, a relação com as instâncias societárias no âmbito civil é muito maior do que no penal ou administrativo uma vez que a participação da vítima é fundamental para qualquer ação de responsabilidade civil ou de indenização. Positivamente, essa vinculação da vítima é salutar, posto que subordina o processo aos interesses das partes da forma como estas o conceberam, evitando que o conflito seja “roubado” das pessoas diretamente interessadas nele, como ocorre no Processo Penal. Contudo, de maneira negativa, apenas as partes têm o encargo de suportar os ônus e dissabores do processo; além do fato de que o sistema será injusto se houver disparidade de armas e possibilidades entre as partes envolvidas. Mas, neste último caso, a indenização estatal pode ajudar a romper o isolamento da vítima e reforçar suas possibilidades processuais (DELMAS-MARTY, p.182 e ss).

Percebe-se, portanto, que para além da total independência das esferas pública e privada é possível que se busque uma relação de coordenação entres estas no sentido de torna-las compatíveis entre si, apesar de suas notáveis diferenças. Entretanto, não há de se ignorar o fato de que, o pluralismo jurídico com o reconhecimento da existência de instâncias não estatais de regulação social e arbitragem de conflitos, e a multiplicidade de instâncias normativas presentes num mesmo espaço territorial; aumentam os riscos para os direitos humanos por exporem o indivíduo a novas formas de opressão por vezes mais difíceis de enfrentar do que as provenientes do próprio Estado (SARMENTO, 2004, p.51-52).

Assim, é evidente que este novo paradigma estatal reclama com mais intensidade a vinculação não apenas dos particulares, mas também do próprio Estado aos direitos fundamentais e à axiologia

constitucional. A transferência para a iniciativa privada de atividades que eram tradicionalmente exercidas pelo poder público, como ocorre com a privatização de presídios, por exemplo, não pode implicar na desproteção dos indivíduos.

2.2 A importância de uma Teoria da força normativa da Constituição

Ao contrário do que pode parecer, nem sempre a Constituição Federal foi vista como um instrumento jurídico cujas normas possuíam caráter imperativo e na qual os direitos previstos assumiam um caráter de subjetividade, podendo ter seu integral cumprimento postulado em juízo. Pelo contrário, durante muito tempo depois do aparecimento das Constituições escritas, em meados do século XVIII, tais textos normativos foram tidos como simples postulados sociopolíticos, ou melhor, como normas programáticas, que dependiam da atuação do legislador ordinário para ganharem concretude e, só assim, poderiam ser exigíveis dos cidadãos e levadas à apreciação do Judiciário. Isso se devia, em grande escala, principalmente à ausência de uma jurisdição constitucional, como o Supremo Tribunal Federal – à nível nacional - ou a Corte Constitucional Europeia.

Entretanto, com o advento do controle de constitucionalidade, as Cartas Magnas cunhadas nos séculos dezenove e vinte, já apresentavam uma grande diferenciação em seu conteúdo, pois afirmavam de maneira expressa que todos os Poderes Estatais e seus jurisdicionados deveriam obedecer às regras constitucionais; determinavam como inconstitucionais todas as normas incompatíveis com os preceitos da Carta superior; além de indicarem, em muitos casos, alguns de seus conteúdos como detentores de eficácia imediata (GARCIA DE ENTERRIA, 1985, p.292-293). O jurista Espanhol Eduardo de Enterría (1985, p.298-299), estudioso de Ihering, explica que a Constituição, hodiernamente, passou a ser vista como dotada de uma força vinculante bilateral, pois está é capaz de obrigar, ao mesmo tempo, às autoridades estatais e aos cidadãos em sua particularidade. E, é justamente este Poder que faz com que a norma constitucional seja a norma superior e fundamental de um Estado; pois esta define as fontes formais do Direito, determinando que os demais regramentos infraconstitucionais apenas terão validade se obedecerem a seus preceitos.

Acontece que o controle de constitucionalidade não foi o único evento responsável por redefinir o papel da Constituição, a emergência do Estado Social também trouxe alterações profundas, posto que consagrou no texto magno direitos sociais e econômicos e exigiu prestações estatais de caráter positivo. A problemática, entretanto, reside no fato de que o pensamento constitucional predominante não atribuiu caráter vinculante à toda a Constituição, mas apenas à sua parte orgânica e às normas consagradoras de direitos liberais e políticos. Os direitos sociais continuavam sendo vistos como simples normas programáticas. Tal entendimento gerou uma crise de juridicidade da Constituição, negando a estas últimas qualquer eficácia vinculante; o que acabou por dificultar em muito o avanço das Constituições sociais.

Felizmente, contra a doutrina tradicional que dividia as normas constitucionais em aplicáveis e não auto- aplicáveis, ergueu-se, a priori, como ensina Daniel Sarmento (2004, p.72-73), a doutrina do jurista italiano Vezio Crisafulli (1952); afirmando que todas as normas constitucionais, inclusive aquelas tidas como programáticas, geram sempre efeitos jurídicos em maior ou menor escala, tendo em vista que: influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico; vinculam negativamente o legislador e a administração, que não poderão agir de modo contrário à norma; e, ainda, impedem a recepção do direito anterior incompatível com a axiologia das regras constitucionais atuais. De qualquer modo, a carência de eficácia, principalmente das normas constitucionais relacionadas a direitos sociais, colocou a credibilidade constitucional em cheque pela sociedade, posto que o texto magno promete inúmeras garantias de cunho social, mas na prática, tais afirmações tornam-se inócuas. Como coloca Daniel Sarmento (2004, p.73):

De fato, quando os textos constitucionais acenam no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não logram nenhuma eficácia social, cria-se um profundo abismo entre o mundo do “dever-ser” e a realidade, que corrói a crença na Constituição como norma. (...). No imaginário social dá-se uma completa inversão de valores: mais do que a Constituição, vale a lei, e ainda mais do que esta, a portaria do Ministro.

Foi justamente com o objetivo de combater este descompasso entre lei e realidade que o jurista alemão Konrad Hesse (1991) criou a Teoria sobre a Força normativa da Constituição. Para ele, a Constituição seria responsável por realizar a dialética entre o mundo do ser e o do dever-ser, que não poderiam ser vistos de maneira separada.

2.2.1 Konrad Hesse e a Teoria constitucional da força normativa

Para cunhar sua teoria, Hesse parte da ideologia de que a realidade social influencia inevitavelmente a Constituição, até porque, quem a aplica é um ser puramente social, qual seja, o homem; bem como a norma constitucional não possui existência autônoma na realidade fática. A doutrina de Hesse surge, portanto, num primeiro momento, como reação às propostas de Ferdinand Lassale (1998) de que a Constituição jurídica seria um mero pedaço de papel que nada tem a ver com a realidade, a qual, por sua vez, seria dominada exclusivamente pelas forças políticas, sem nenhuma interferência jurídica, legal ou constitucional (HESSE, 1998, p.9). Pode-se afirmar, então, que Hesse seguiu ideário muito mais próximo da ideia de Constituição normativa defendida por Karl Loewenstein (1986); pela qual a Carta Constitucional deveria ser apta a submeter a realidade política a seus regramentos.

Para Hesse, portanto, a pesar do fato de realidade jurídica e realidade fática serem distintas, deve-se “admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991, p.11). Ou seja, a Constituição deve possuir uma pretensão de eficácia, de modo que, o legislador constitucional deve fazer o máximo esforço para ordenar o fato social e conseguir realmente influir sobre ele (SARMENTO, 2004, p.76). Nas palavras de Hesse, a norma constitucional deve: “procurar construir o futuro com base na natureza singular do presente” (HESSE, 1991, p.18). A essência da Constituição não estaria, então, como afirmava Lassale, contida na realidade das forças políticas, sociais e econômicas – o que transformaria o texto magno em letra morta-; mas, a essencialidade residiria na vigência da norma constitucional, ou seja, na ideia de que as situações por ela reguladas pretendam ser efetivadas na realidade (HESSE, 1991, p.14). Existiria, então, ao lado do poder político que determina as relações fáticas, também uma força proveniente do Direito Constitucional.

Segundo Hesse, o fator fundamental para o alcance da força normativa é a “vontade de Constituição”, que corresponde ao anseio de concretização da Constituição, somado à mobilização da sociedade neste sentido. A vontade de Constituição estaria, na verdade, baseada em três elementos principais: a) na compreensão, por parte da sociedade, da necessidade de uma ordem normativa forte, que proteja não apenas os cidadãos dos arbítrios estatais, mas também o Estado do alvedrio das forças sociais; b) na compreensão, também social, de que esta ordem constitucional não é legitimada apenas pelos fatos, mas também por fatores jurídicos; c) na consciência de que esta ordem jamais será eficaz se não estiver coadunada com a vontade e o esforço humano (HESSE, 1991, p.19-20). A ordem constitucional, portanto, só mantém sua vigência e sua força através da vontade humana; o que nos leva novamente a vislumbrar a inderrogável associação entre força jurídica e força social.

Contudo e, levando em conta esta inexorável correlação entre dever-ser e ser; deve-se ter

em mente que a pretensão de eficácia constitucional não pode ignorar as condições históricas de sua realização. Aliás, a pretensão de eficácia normativa somente poderá ser realizada se observar estas condições (HESSE, 1991, p.14-15). Portanto, quanto maior a vontade de Constituição, menores serão os limites que a realidade irá lhe impor; mas estes limites não deixam de existir e, por isso, é que o constituinte não pode conferir direitos cujo atendimento não seja possível, sob pena de descrédito constitucional (SARMENTO, 2004, p.76). Para evitar tal problemática, Hesse (1991, p.21) aconselha que as cartas constitucionais se limitem a prever alguns princípios pontuais, porém fundamentais, cujo conteúdo sempre apresente possibilidades de ser desenvolvido, a despeito das constantes mudanças da realidade.

Por fim, para que a força normativa da Constituição seja otimizada, Hesse afirma que todos aqueles que participam da vida constitucional, quais sejam: órgãos estatais, sociedade e indivíduos; devem estar imbuídos do mesmo espírito de vontade de Constituição. O jurista alemão (HESSE, 1991, p.22-23) defende: “Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda”. Ou seja, como será defendido no decorrer de todo este trabalho, a Carta Constitucional não deve pairar em um plano de Direito Constitucional autônomo e isolado dos demais ramos do Direito. Para que se tenha efetivamente um Estado democrático e constitucional, todas as esferas e atores jurídicos devem estar “constitucionalizados”, melhor dizendo, toda norma constitucional, seja ela penal, civil, pública ou privada, deve seguir a axiologia proposta pelo texto constitucional.

3 A VANGUARDA CIVILISTA NO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O reconhecimento da grande e necessária força da Constituição e do caráter normativo e vinculante de seus princípios funcionaram como molas propulsoras para um processo que vem se aprimorando até os dias atuais e que a doutrina tem denominado de constitucionalização do Direito Privado. Tal fenômeno não apenas tem sido responsável por desfazer a clássica dicotomia entre Direito Público e Privado como também vem traçando a personalização ou humanização da esfera privada das relações sociais. O Código Civil e seus valores patrimoniais deixaram a posição que ocupavam no paradigma liberal de centro do ordenamento privado, e cederam lugar para a Constituição e sua axiologia pautada em valores de democracia, dignidade e realização humana.

Neste diapasão, os princípios humanizatórios consagrados pela Carta Constitucional impuseram uma redefinição dos conceitos e institutos do Direito Privado bem como a aplicação direta dos direitos fundamentais não apenas no campo público, sendo oponíveis contra o Estado; mas também na esfera individual das relações particulares, podendo ser exigidos horizontalmente, de um indivíduo para com o outro. A evolução do Direito Civil, passando por seu processo de codificação e rumo à constitucionalização, tornou-se, hodiernamente, um exemplo a ser seguido por outros ramos do Direito e, até mesmo para algumas filiações do Direito tido como Público que ainda não alcançaram o mesmo nível de sintonia constitucional que o Direito civilista brasileiro tem desenvolvido.

3.1 Liberalismo, codificação e separação entre público e privado

Num contexto de Estado Liberal e, fundando-se no princípio da autonomia da vontade dos indivíduos, o movimento de codificação civilista teve seu apogeu na Europa com o famigerado Código de Napoleão, que regulamentava uma mínima intervenção estatal nas relações privadas, e compilava as diversas normas civis extravagantes em uma única fonte, o que fomentaria a segu-

rança jurídica. O Código servia, portanto, aos interesses da burguesia emergente e, apresentava como principais valores a propriedade e a autonomia contratual, fomentando, ainda, o paternalismo social (LOCKE, 2006). Embora o Estado Liberal defendesse o valor da igualdade, este reduzia-se a esfera meramente formal e, apenas o burguês era detentor de patrimônio para contratar, o que o tornava, na prática, o maior ou talvez único beneficiado pelo novo código (SARMENTO, 2004, p.90). O primeiro Código Civil brasileiro, publicado em 1916 foi também fruto desta influencia individualista e pautada na autonomia da vontade como valor principal.

A ideia de codificação é associada, portanto, ao conceito de sistema. Sistematizar significa equilibrar os elementos concatenados, baseando-os num mesmo princípio que sirva como norte unificador, de modo que, por fim, se obtenha uma grande engrenagem funcionando de maneira estável e autopoietica (LEAL, 2017). A codificação ocorreu, portanto, para tornar o Direito Civil um todo unificado e para atribuir às relações privadas maior segurança, respaldo e solidez jurídica. O Código lançava as regras do jogo e estabilizava as relações econômicas ao pautá-las nos pilares da propriedade e do contrato e, o indivíduo titular de direito ali contemplado era um ser que, em um plano ideal, estaria em paridade com todos os demais, desconsiderando-se, portanto, suas condições materiais (SARMENTO, 2004, p.91).

O processo de codificação ocorrido no Estado Liberal intensificou a clássica bipartição entre Direito Público e Direito Privado; na qual o Código Civil reinava absoluto como cerne do Direito Privado, e a Constituição se limitava a ditar as regras da esfera do que era público. Tal dicotomia, como ensina Bobbio (1992, p.20), possuía, ainda, um significado valorativo, pelo qual os termos público e privado tornam-se opostos de modo que, se a um é atribuído um significado positivo, o outro herdará um valor negativo e vice-versa; assim, sempre haveria o primado de um sobre o outro. Destarte, no paradigma liberal havia a clara sobreposição do direito privado sobre o público, pois o privado era o espaço aonde se exerciam as liberdades de maneira autônoma. Restava ao Direito público e, portanto, à Constituição, dispor sobre normas relativas à defesa dos indivíduos contra intervenções do Estado e excepcionalmente, prever as hipóteses em que o Estado deveria se encarregar de manter o funcionamento do sistema (PRATA, 1982, p.21).

A grande dicotomia público/privado, gerava, ainda, uma dicotomia correspondente; relativa ao campo das relações sociais abrangidas por tais campos do direito, pela qual a esfera pública constituiria uma sociedade de desiguais, uma vez que se caracterizava por relações de subordinação entre governados e governantes; enquanto que, o campo privado revelaria uma verdadeira sociedade de iguais, por se pautar em relações firmadas entre particulares que seriam iguais perante a lei (SILVEIRA, 2002, p.28). Entretanto, cada vez mais tornaram-se visíveis relações privadas nas quais as partes não estavam em posições materiais iguais, pois indivíduos na maioria das vezes não podiam competir com grandes empresas; o que levou ao despertar para a necessidade de concretização da igualdade material na esfera privada, principalmente depois dos horrores da segunda guerra mundial e com o advento do Estado Social.

3.2 Da descodificação à constitucionalização

O paradigma Social e suas inúmeras inovações e garantias individuais e coletivas como a consagração dos direitos trabalhistas, a intensificação do papel ativo do Estado e a multiplicação dos microssistemas legislativos voltados para a defesa e equiparação dos hipossuficientes; abalou o reinado do Código Civil no Direito Privado. A realidade social, cada vez mais complexa e conflituosa, deixou de caber nas limitadas previsões que o código privado era capaz de fazer e, a solução apresentada foi a criação de um sem número de leis especiais que tentavam dar conta de abarcar o

que o código não podia (SARMENTO, 2004, p.94). O Direito privado adentrou, então, num processo de descodificação forçado pelos avanços sociais e que, fez com que o Código Civil deixasse de ser o centro exclusivo deste sistema.

No lugar que tradicionalmente era ocupado exclusivamente pelo Código civilista, foram surgindo uma série de leis extravagantes que buscavam disciplinar as novas relações sociais complexas que a codificação não previa. A matéria neutra e abstrata prevista pelo Códex deixa de ser o tratado exclusivo de Direito Privado e, restringe-se a representar apenas o direito comum, ou seja, aquele que seria aplicado às relações particulares em geral, mas que não dava conta das situações mais atípicas e específicas (TEPEDINO, 1999, p.04-05). Surge, portanto, uma representativa classificação dentro do Direito Civil, responsável por dividi-lo em normas gerais e normas especiais.

Acompanhando este processo, a Constituição, que agora era uma Constituição Social e, preocupava-se não apenas em regulamentar relações públicas, mas também as privadas, foi assumindo o papel de norte a ser observado nas relações de Direito Civil. Até mesmo porque, diante do advento dos novos sistemas legislativos especializados, simbolizados em grande parte por Estatutos; o Código Civil, que se encontrava na mesma posição hierárquica que estes, mostrou-se incapaz de lançar os princípios que deveriam balizar a vida privada. Contudo, a Carta Constitucional, por estar no topo da hierarquia normativa e se sobrepor a todos os microssistemas, tinha este condão e já intervinha nas relações privadas não apenas através de suas normas, mas também por meio de princípios. A Constituição, então, apresentou-se para o Direito Privado como a solução para a reunificação do sistema que estava dissolvido (SARMENTO, 2004, p.13-14).

Contudo, ressalte-se que a codificação não representa apenas o acolhimento constitucional de matérias tradicionalmente previstas em um código civil, mas vai além, pois requer uma releitura dos institutos civilistas através das lentes dos valores constitucionais. Assim, hermeneuticamente, a interpretação das normas privadas deve ser realizada tomando por base os princípios constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana; bem como as previsões constitucionais tornam-se limites para o legislador ordinário, que não poderá editar normas privadas incompatíveis com as disposições do texto magno (SARMENTO, 2004, p.99-100).

Além do mais, para que se obtenha um processo completo de constitucionalização, não há de se falar em necessidade de intermediação da lei civil para que a Constituição possa incidir sobre as relações privadas (SARMENTO, 2004, p.104-106). A incidência constitucional no campo privado é direta, e decorre da imperatividade e superioridade desta norma. Desta forma, o que a doutrina, a jurisprudência e os próprios legisladores objetivaram e, ainda objetivam, posto que a constitucionalização do Direito Civil vem aprimorando-se a cada dia; é estimular a aplicação dos princípios constitucionais e, por consequência, de seus valores sociais, no âmbito das relações privadas; reafirmando a Constituição como unificadora de todo o ordenamento jurídico e não apenas do Direito Público, e, ainda, contribuindo para o desenvolvimento de um Direito Privado mais humanizado e não tão focado no valor – até então supremo – do patrimônio. Portanto, também no campo privado os direitos fundamentais deverão ter eficácia direta e plena.

O fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado, pautado na força normativa atrativa e imperativa que o texto magno exerceu sobre o código civilista, pôs fim à célebre dicotomia entre público e privado, pois, a evolução da sociedade e, conseqüentemente da ciência jurídica, que tenta acompanhá-la; exigiram não mais uma divisão tão simplória do Direito, mas sim a criação de uma classificação mais específica e tão complexa quanto as relações sociais que poderão ser abarcadas. Pode-se afirmar, como o faz Michele Costa da Silveira (2002, p.48-49), que o Direito Civil contemporâneo possui duas facetas: uma privada e outra pública; o que faz com que este deva permanecer com suas obrigações de resguardar os valores patrimoniais, mas sem jamais deixar de lado os valores existenciais.

3.3 A personalização do Direito Privado como efeito de sua constitucionalização

A constitucionalização do Direito Privado gera, portanto, uma mudança de perspectiva na esfera civilista e o foco deste ramo jurídico é deslocado de um objetivo de patrimonialização para o alcance de uma maior personalização privada. A Constituição de 1988 contribuiu muito para este processo em razão do destaque sem precedentes que concedeu aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana; fazendo, inclusive, com que este último se tornasse o centro axiológico (SARMENTO, 2000, p.59-60) de todo o ordenamento jurídico nacional e, não apenas dos atos estatais, mas também dos privados. E, é neste sentido que a Professora Maria Celina Bodin (1993, p.26) fala em despatrimonialização (DONISI, 1980) do Direito Privado, por entender que, ao adotar o princípio constitucional da dignidade humana como norte, o Direito Civil se compromete a priorizar valores existenciais, em detrimento de seus tradicionais objetivos patrimonialistas que, não deixarão de se fazer presentes, mas sempre deverão ter o escopo de promover a dignidade da pessoa. Não se deixa, por exemplo, de falar em direito à propriedade, mas tal direito deverá ser condicionado ao atendimento de uma função social.

A despatrimonialização não corresponde, então, a uma perda de interesse do Direito Civil por aquele que sempre foi e continua sendo o seu maior objeto, qual seja, o patrimônio; até mesmo porque este é um aspecto fundamental e inegável da vida humana, inclusive da vida com dignidade. O que se propõe é uma personalização no sentido kantiano, para que se possa reconhecer que o patrimônio não constitui um fim em si mesmo, mas sim que este é apenas um dos meios para a realização do fim maior do Estado e do ordenamento jurídico que é a dignificação e a promoção humana (SARMENTO, 2004, p.115-116).

Sarmento (2004, p.116-117) ensina que no Estado Liberal o direito se pautava em uma concepção insular de pessoa (AZEVEDO, 2002), pois o indivíduo era comparado a uma ilha e visto como um ser isolado de toda e quaisquer relações sociais. Mas, a ideia de pessoa humana, na qual se baseia a atual ordem constitucional brasileira, considera não apenas o ser humano como um valor em si mesmo, mas também como um ser socialmente enraizado, e que desenvolve sua personalidade e faz valer sua dignidade justamente no convívio comunitário. E, é por isto mesmo que a autonomia privada continuará sendo respeitada, mas poderá e deverá ser delimitada pelas preocupações e necessidades sociais. Não se deixará, portanto, de falar em liberdade para contratar, mas esta liberdade será limitada pela função social do contrato, por exemplo.

A intervenção estatal nas negociatas privadas será admitida e constitucionalmente exigida em muitas situações, sobretudo, para proteger as partes mais vulneráveis nas relações privadas e para promover os interesses comuns da coletividade. Reafirma-se, portanto e, novamente, que não há mais como fazer uma divisão qualitativa entre Direito Público e Direito Privado, podendo-se, para efeito didático, delimitar um ou outro campo apenas pela prevalência de interesse comum ou particular, mas não pela total inoccorrência de intervenção estatal ou participação dos cidadãos (TEPEDINO, 1999, p.19-20). E, ocorrendo situações de conflito entre o interesse individual e o coletivo, haverá de se realizar a devida ponderação entre estes e se buscará o caminho que melhor promova a dignidade humana (SARMENTO, 2004, p.120). A dignidade humana será, portanto, a resposta para todas as indagações que surjam na aplicação do ordenamento jurídico, sejam elas de cunho público, privado ou, ainda, relativas a estas duas esferas. A dignidade, no desenho da constitucionalização, é o princípio unificador que dará mobilidade às engrenagens de todo o sistema de Direito.

4 OS LIMITES DA NORMATIVIDADE E A DIFICULDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A concepção clássica de Direito Penal se estabeleceu na Europa do século XVIII, onde a justiça divina passou a ser substituída por uma justiça humana pautada nas leis. Desta forma, o Direito Penal era visto como um conjunto específico de normas que pouca relação tinha com as demais áreas do Direito. Contudo, o pensamento penal clássico passou a ser questionado pelas diversas escolas de pensamento penal que surgiram, o que fez com que as práticas e o campo de observação penal se modificassem, de modo que a Ciência do Direito Penal se alargou em razão da perda da especificidade das categorias penais, devido ao crescimento da complexidade dos fenômenos criminais; e do esboço de novas categorias oriundas da grande propagação mundial dos Direitos Humanos (DELMAS-MARTY, 2004, p.6).

Com relação ao primeiro ponto, passa-se a reconhecer um Direito Penal que não se limita ao estudo da matéria criminal, mas que se transformou em uma ciência mais do que multidisciplinar, mas, necessariamente transdisciplinar, pois precisa agregar elementos de outros ramos do Direito e de Ciências externas para formular seus conceitos e institutos. Vislumbra-se um penalismo que vem se socorrendo de técnicas de mediação, de repressões administrativas e de institutos civilistas de indenização das vítimas; na tentativa de se desafogar.

O Direito Penal foi forjado para ser a *ultima ratio* e, portanto, não consegue, sozinho, atender à crescente demanda por penalização e criminalização de matérias e comportamentos que, nem sempre deveriam ser direcionados para esta seara de juridicalização. A transdisciplinariedade possibilita a produção de uma teoria única a partir de campos ou ramos do conhecimento autônomos (GUSTIN, 2006, p.4) e, essas novas estratégias estatais e sociais que o Direito Penal tem buscado para responder às infrações ou às condutas de desvio das normas (DELMAS-MARTY, 2004, p.20) tem gerado um campo novo, amplo e puramente interdisciplinar de estudo da criminalidade, que tem sido denominado pela melhor doutrina de Política Criminal.

Por sua vez, a grande influência dos direitos humanos na seara penal como definidores de limites que não devem ser ultrapassados pelos Estados quando da aplicação das sanções penais, faz com que surjam dentro do Direito Penal novas categorias além das preexistentes, por exemplo: medidas de privação da liberdade (prisão provisória, prisão temporária, medidas socioeducativas, medidas de segurança), para além da simples pena de prisão; e uma novel categoria de matéria penal para ir além do Direito Penal, posto que esta englobaria também outras espécies de sanções repressivas extrapenais que atendam a determinados critérios (DELMAS-MARTY, 2004, p.22 e ss).

Reconhecida, por tanto, a insuficiência do Direito Penal para, por ele mesmo, dar conta de suas problemáticas; e, compreendendo-se a necessidade de que este seja estudado em conjunto com as demais especialidades do Direito e ciências vizinhas; há de se buscar, então, um princípio capaz de unificar todos os elementos penais e extrapenais necessários para a realização de uma boa Política Criminal. Delmas-Marty (2004, p.407) propõe que, para a solução deste imbróglio, seja utilizado um método sistematizado que, é ao mesmo tempo sistêmico e estrutural, e que busca, levando em conta a própria estrutura do sistema, um princípio para a sua harmonização que, não impõe uma uniformidade de práticas – até porque já resta estabelecida a necessidade de transdisciplinariedade – mas que é capaz de limitar as inúmeras escolhas possíveis.

O elemento estrutural do sistema que vai realizar esta função de unificação do direito criminal é a Constituição Federal que, por irradiar seus princípios e valores por todo o ordenamento jurídico,

permitirá a transdisciplinariedade necessária à Política Criminal; mas que também funcionará como limitadora das ações e decisões tomadas em esfera pública penal, disciplinando, através de seus regramentos, até onde as leis penais podem ir para não ferir ou deixar de promover a dignidade da pessoa humana. Ou seja, a Constituição é fonte supralegislativa (DELMAS-MARTY, 2004, p.411) do Direito como um todo, e também do Direito Penal; porque é realizado o controle de constitucionalidade das leis. A constitucionalização do Direito Penal requer, portanto, a efetiva implantação dos princípios constitucionais nas práticas criminais e também em sua legislação ordinária. Mas não foi fácil para o mais rígido dos Códigos se abrir às possibilidades da Política Criminal, assim como não tem sido tranquilo o seu processo de constitucionalização.

4.1 Da rigidez do Código à amplitude das políticas criminais

O Direito Penal, por sua própria natureza sancionadora, criminalizadora e restritiva de direitos e liberdades, é um campo fechado (DELMAS-MARTY, 2005, p.31), que, ao menos em teoria, só funciona adequadamente se restringir-se aos exatos limites legais, afastando-se das demais redes de sanções e dos outros ramos do Direito. O Direito criminal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos (YACOBUCCI, 2015, p.226) e, justamente por isso, exige um uso especial, racionalizado e bem calculado. O Penal é, portanto, taxativo, não é negociável, não pode ser flexibilizado sob pena de ferir direitos e garantias de forma irreparável. Delmas-Marty (2005, p.32) enumera os principais motivos que tornam o sistema penal um ramo fechado sobre si mesmo: a) a principal pena é a prisão, que além de representar uma clausura física, se implementada de maneira equivocada, infringe irreversivelmente o direito à liberdade; b) o sistema se concentra na rede de sanções penais e não avalia as demais possibilidades extrapenais de retribuição, reparação e ressocialização; c) as normas aplicadas na seara penal são quase que exclusivamente penais, não se recorre à interdisciplinaridade.

Contudo, com a crescente evolução e complexidade do fenômeno criminal, acompanhando a globalização mundial, o Direito Penal tem sido pressionado a apresentar respostas cada vez mais efetivas. Silva Sanchez (2001, p.21 e ss.) enumera diversos fatores responsáveis pela expansão ou explosão do direito penalista, entre eles estão: a efetiva aparição de novos riscos, a sensação social de insegurança, e o descrédito de outras instituições de proteção. Muitos destes motivos estão relacionados, portanto, à intensificação da compreensão social acerca do valor dos bens jurídicos tutelados e das funções que o Estado, através do *jus puniendi* deve realizar para protegê-los. Assim, a exigência da defesa de bens difusos ou macrossociais, representativos do sentimento coletivo, v.g, lançam um grande desafio para a dogmática penal tradicional, posto que, os elementos da teoria do crime não foram forjados para responder a estas novas formas de organização e novos riscos sociais (YACOBUCCI, 2015, p.233).

Entretanto, a doutrina tem se dado conta de que não há meios de atender a esta demanda autonomamente, sem o auxílio dos demais campos jurídicos e mesmo não jurídicos. Sendo assim, aos poucos, as concepções penais clássicas foram sendo superadas, e o sistema foi se abrindo: concebeu-se e incentivou-se a aplicação das penas alternativas à prisão e; a inflação legislativa penal permitiu que este ramo do Direito se tocasse com as demais ciências e ramificações, abrindo à possibilidade de diversas redes de sanção – administrativa, civil, de mediação; esta abertura se dá, também, com relação a obrigatoriedade de aplicação, na esfera criminal, de normas “externas” (DELMAS-MARTY, 2005, p.34 e ss.). Muitas das respostas encontradas pela seara criminalista têm sido buscadas fora do seu próprio campo, v.g, no Direito Administrativo, Empresarial, de trânsito e, tornando um pouco mais concreto o princípio da subsidiariedade penal, que coloca esta opção punitiva como última alternativa (YACOBUCCI, 2015, p.235). Amplia-se, portanto, a visualização da Ciência criminal da esfera restritiva do Direito Penal para a ótica mais alargada e interdisciplinar da Política Criminal.

Como há muito defendido por Roxin (2012), em oposição as ideias de Liszt, deve haver, portanto,

não uma dicotomia, mas sim uma síntese entre a dogmática penal e a política criminal. Ou seja, decisões axiológicas de cunho político-criminal devem ser consideradas na aplicação prática da normativa penal. A Política Criminal assume, portanto, o papel de ser centro de convergência de princípios penais e constitucionais; e, é por este caminho que o rígido Direito Criminal tem iniciado sua abertura acompanhada de mudanças valorativas. Entretanto, não se pode olvidar que tais mudanças são mais difíceis de serem implementadas em países em desenvolvimento, tendo em vista o recente e, ainda frágil, reconhecimento dos direitos humanos. Bem como o fato de que ainda reside uma grande dificuldade no que compete à compatibilização das normas penais com os comandos constitucionais; tendo em vista que o controle de constitucionalidade foi um fenômeno mais recente (DELMAS-MARTY, 2005, p.36).

4.2 Dificuldades de implementação da política criminal e da axiologia constitucional

A implementação das políticas criminais da maneira ampla como foram concebidas e propagadas pelos principais teóricos da área não é tarefa simples nem mesmo nos países europeus aonde forma pensadas, mas se torna desafio maior em nações de terceiro mundo, como o Brasil. A primeira problemática enfrentada neste sentido, refere-se ao fato de que, justamente por ter um conceito e um área de abrangência muito alargados, as propostas de política criminal acabam por retirar a densidade dos princípios e regras que são fundantes para o funcionamento do ordenamento jurídico criminal. Em um segundo ponto, o conceito político-criminal foi desenhado como se fosse aplicado em um contexto político ideologicamente “neutro” (Cf. DELMAS-MARTY, 2004), o que não corresponde, por óbvio, a nenhuma realidade prática, mas menos ainda ao contexto brasileiro, no qual a posição criminal assumida declaradamente pela sociedade como um todo é de um interesse de prevenção geral, ou, trocando em miúdos, de punição a qualquer custo (D`AVILA, 2008, p.321).

Em síntese, a dificuldade de implementação da política criminal no cenário brasileiro tem se dado em razão da flexibilização excessiva de regras e valores em um ambiente caracterizado por um forte posicionamento político no sentido da prevenção. Justamente por isso é que, diariamente, princípios fundamentais e regras de Direito Penal são deixados de lado em prol do atendimento social prevencionista e repressista (D`AVILA, 2008, p.321). Os conceitos e os institutos mais tradicionais de Direito Penal e, até mesmo aqueles oriundos da norma constitucional, como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são frequentemente “flexibilizados” quando começam a representar um empecilho para a consecução dos fins políticos estatais. Fabio D`Avila (2008, p.322-323) esclarece:

Se os objetivos tidos como relevantes pelo Estado, como o paradigmático caso do combate ao terror, entram em conflito com a manutenção de direitos e garantias fundamentais, colocando em xeque o êxito na obtenção de tais fins, não se leva a sério a possibilidade de existirem limites materiais intransponíveis à sua atuação.

Daí, tornam-se aptos a localizar o problema no cerne do sistema de Direito Penal: o princípio unificador que deveria zelar pela boa e correta aplicação de todos os demais elementos, que é a Constituição Federal, ainda esboça, em âmbito político criminal uma força normativa muito inexpressiva, que não consegue, ou não se esforça para conseguir, competir com os arbítrios políticos estatais. Com a força normativa do princípio unificador debilitada, as demais engrenagens do sistema não funcionam devidamente e, então, tem-se a famigerada crise: crise do Direito e do Processo Penal, crise dos poderes estatais, crise da Democracia. Silva Sanchez (2001) denomina o momento atual como uma terceira crise da Ciência Penal que se caracteriza por uma supervalorização das respostas punitivas.

O discurso da Política Criminal está tão em voga que a dimensão político-criminal acaba sempre sendo priorizada quando da aplicação das normas penais, relegando para um outro momento ou, simplesmente, deixando passar, o critério mais importante para filtrar a realização de

qualquer prática penal, qual seja, a adequação jurídico-constitucional da mesma (D'AVILA, 2008, p.323). Ou seja, a realização adequada da abertura do Direito Penal deve obedecer a uma ordem – afinal, já se discutiu a relevância deste sistema ser fechado – e esta ordem deve se dar de modo que, primeiro há de se compatibilizar as decisões penais com os comandos constitucionais, e, só em um segundo momento é que se deve avaliar sua adequação e pertinência em termos de política criminal. Portanto, qualquer interesse estatal, por melhor que seja, possuindo cunho preventivo, ressocializador ou punitivo; só poderá ser efetivado se estiver dentro dos limites estabelecidos pelas normas penais e, sobretudo, pelos ditames constitucionais.

Tem-se, portanto, que a Política Criminal deve sim ser utilizada como elemento de abertura do Direito Penal, como alternativa aos processos de criminalização e penalização em massa e como auxiliar do direito material e processual no que lhe for útil e compatível. Mas não é possível sobrepor os anseios de cunho político ao atendimento das normas constitucionais e, também não é cabível a aplicação integral do raciocínio funcionalista de Roxin que busca forjar uma identidade entre a Ciência Penal e a Política Criminal. Pois, esta última é muito mais ampla que a primeira e, assim realmente o deve ser para que sejam resguardados os direitos e garantias fundamentais que o Direito Criminal necessita fazer valer. Porque sim, a Ciência Penal não apenas restringe direitos, mas também é responsável por concretizar muitos deles; devendo garantir liberdade e segurança mais amplas e eficazes do que aquelas que poderiam ser atribuídas aos titulares sem sua intervenção (YACOBUCCI, 2015, p.222).

Frente à atual etapa dos fenômenos criminológicos e à expansão do Direito Penal, Sanchez (2001, p.149) defende um retorno ponderado ao liberalismo, ou seja, para uma organização jurídica criminal que tutele os bens jurídicos mais essenciais e com observância dos princípios e garantias constitucionais. Há de se recuperar, portanto, a ideia de Direito Criminal como conjunto de garantias do cidadão em face das intervenções estatais. Amilton B. de Carvalho (2002, p.56) afirma que “a lei é o limite ao poder desmesurado”, e, por isso, sempre vai representar proteção ao mais fraco na relação jurídica; assim, o Direito Penal sempre será, como previsto pelo Mestre Ferrajoli (1999), a lei do mais débil. O que se deve idealizar, portanto, como tentativa de uma efetiva constitucionalização da esfera criminal é a valorização da normatividade (D'AVILA, 2008, p.325-326), num sentido de que esta deve sempre ser o critério primeiro quando da análise das questões criminais. O espaço de atuação da Política Criminal deve sempre ser aquele previamente demarcado pelos postulados constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Entende-se que a Constituição Federal deve ser visualizada com centro de todo o sistema jurídico, atribuindo a este unidade e harmonia, no sentido de que todas as esferas jurídicas estejam voltadas para o atendimento de um mesmo fim: a promoção da dignidade da pessoa humana. Afinal, como ensina Kelsen (2009) em sua teoria dos sistemas, para se considerar que diferentes normas formam um mesmo sistema, ou um ordenamento; a validade de todas elas deve derivar de uma única norma fundamental. Na realidade jurídica brasileira atual, a norma fundamental é a Constituição Federal e ela a responsável por manter a coerência interna entre todos os ramos do ordenamento jurídico nacional. Visualizou-se que esta possui a força normativa necessária para tanto e, é capaz de impor a eficácia dos direitos e garantias fundamentais em todas as áreas de aplicação do Direito.

Observa-se, entretanto, que o Direito Civil, por estar baseado na autonomia da vontade das partes, representa um ramo do Direito mais flexível, o que lhe possibilitou receber com mais facilidade e efetividade os comandos constitucionais. Tão grande tem sido a força constitucional no Direito Privado que o seu fundamento maior na autonomia da vontade foi relativizado para adequar-se às necessidades sociais. O Direito Privado vive um paradigma social, uma constitucionalização e uma horizontalização dos direitos fundamentais; no sentido de que estes foram reconhecidos também como sendo oponíveis

nas relações entre particulares, onde não há intervenção estatal.

Contudo, no Direito Penal, o processo de constitucionalização tem sido um pouco mais árduo e dificultoso em razão do grau de fechamento do sistema penal. Como apontado, é necessário que as normas penais e o próprio código tenham um conteúdo mais fechado e não sejam muito relativizados, para não correr o risco de afetar bens jurídicos irrecuperáveis. Entretanto, com os crescentes movimentos de Política Criminal que tem dado maior abertura ao sistema, há de se buscar um retorno à normatividade, sobretudo à normatividade constitucional. O Direito Penal precisa e pode aprender com o Direito Civil a relativizar seus institutos e conceitos tradicionais dentro dos paradigmas constitucionais. Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar, a seara criminal não deve se ampliar demais e flexibilizar todos os seus preceitos normativos em nome das vontades político-criminais do Estado; mas também não pode se fechar completamente, deixando de se coadunar com a axiologia da Carta Magna.

Reconhecidas, portanto, as dificuldades referentes ao Direito Privado e ao Direito Público; buscase, aqui, ressaltar a importância da aplicação da força normativa da Constituição para atribuir eficácia aos Direitos Fundamentais em todas as áreas da atuação jurídica; bem como para a concretização de um processo de maior unidade valorativa no sistema jurídico como um todo. Entende-se que, visualizando o sistema jurídico como uma grande máquina, todas as peças e engrenagens funcionarão melhor e as funções serão melhores realizadas se os elementos estiverem em equilíbrio e harmonia. Portanto, quebrada a dicotomia e a rivalidade entre direito público e privado, tem-se que o Direito Civil funcionará melhor se estiver constitucionalizado e, também poderá auxiliar para uma melhor aplicação do Direito Penal. Assim como, a seara criminal estará mais apta a defender e efetivar os direitos fundamentais se obedecer aos preceitos constitucionais e, servirá de ajuda para uma melhor realização do Direito Civilista.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, vol.09. Rio de Janeiro: Padma, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 3ed. Paz e Terra, 1992.
- BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.
- D'AVILA, Fabio Roberto. O Direito e a legislação penal brasileiros no séc XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chitto (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdipucRS, 2008.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do Direito: Do Código Penal aos Direitos humanos*. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2005.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes Sistemas de Política Criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Tradução Perfecto Andrés Ibanez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2 ed. Belo Horizonte: Delrey, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEAL, Pastora. *Sistemas de Direito*. Belém, 2017. Aula ministrada no Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA, em 21 fev, 2017.

LOCKE, Jhon. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio reflexivo relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Vozes, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista trimestral de Direito Civil*, n.65, p.21-32, 1993.

PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luis Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *La expansion del derecho penal: aspectos de la politica criminal em las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004

SILVEIRA, Michelle Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. IN: COSTA, Judith Martins (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Limites racionales al derecho penal. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo; SOTO, Rafael Eduardo. *Ciências criminais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Recebido em: 15/10/2017

Aprovado em: 22/02/2018

Como citar este artigo (ABNT):

RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes; RODRIGUES, Alexandra Fonseca. A efetividade da força normativa constitucional numa perspectiva comparada entre o Direito Civil e o Direito Penal. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p.127-144, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-08.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.